

HEINZ HOLZHAUER

## Familien- und strafrechtsgeschichtliche Beobachtungen am Schwabenspiegel

I. Auf die freundliche Einladung zur Teilnahme an diesem Kolloquium habe ich zunächst antworten müssen, dass ich kein Spezialist des Schwabenspiegels bin. Im Allgemeinen zitiert der Rechtshistoriker im Unterricht aus diesem Rechtsbuch den einen oder anderen Satz, in dem ein Rechtsgedanke besonders treffenden Ausdruck gefunden hat. Aus dem Lehrbuch von Karl Kroeschell entnehme ich: „Briefe sind besser denn Zeugen. Denn während die Zeugen sterben, bleiben die Briefe immer lebendig“<sup>1</sup>. Sodann hat Kroeschell im Quellenteil seines Lehrbuches aus dem Lehensrecht des Schwabenspiegels die Abschnitte über das Burglehen abgedruckt, weil sie praktische Problemlagen um diese vergangene Rechtsfigur anschaulich vorstellen.

Im Rechtsunterricht wird die Textgruppe der Rechtsbücher in erster Linie vom Sachsenspiegel vertreten; wenn noch eine weitere Quelle genannt wird, dann allerdings meistens der Schwabenspiegel. Während der Sachsenspiegel wiederholt ins Neuhochdeutsche übersetzt wurde<sup>2</sup>, liegt eine Übersetzung des Schwabenspiegels erst seit 2002 vor<sup>3</sup>. Die verständliche Hoffnung des Übersetzers und Herausgebers, dass sich das in Zukunft ändern werde, erfüllt sich schon ein Stück weit mit dieser Tagung, zumal sie auch ausländisches Interesse an dem Rechtsbuch dokumentiert. Aber der Sachsenspiegel ist das ursprüngliche, praxisnähere, von allen anderen mehr oder weniger und vom Schwabenspiegel sogar am meisten<sup>4</sup> zum Vorbild genommene Rechtsbuch. Seine starke kanonistische Imprägnierung hat den Schwabenspiegel in den Augen der klassischen Vertreter der Deutschen Rechtsgeschichte nicht gerade

---

<sup>1</sup> *Deutsche Rechtsgeschichte* 2, 8. Aufl. 1992, S. 25.

<sup>2</sup> Im folgenden ist die von Clausdieter Schott herausgegebene, von Ruth Schmidt-Wiegand übersetzte Ausgabe des Manesse Verlags (Zürich 1984) zitiert.

<sup>3</sup> *Der Schwabenspiegel*. Übertragen in heutiges Deutsch mit Illustrationen aus alten Handschriften von HARALD RAINER DERSCHKA, München 2002. Die Zitierung und Artikelzählung folgt hier dieser Ausgabe.

<sup>4</sup> Und zwar vermittelt durch den Deutschenspiegel; dazu genauer KARL AUGUST ECKARDT: *Rechtsbücherstudien*, 1927, S. 108 ff.

empfohlen. Dieses Rechtsbuch ist, seltsam genug, ohne Namen ins Leben getreten, als wäre mit ihm gar nicht auf eine Außenwirkung abgezielt worden. Nicht nur als Zeugnis seiner Zeit, mehr noch wegen seiner erheblichen Verbreitung in der Praxis, verdient der Schwabenspiegel mehr wissenschaftliche Aufmerksamkeit, als ihm bisher zuteil geworden ist. Aber auch diese Haltung kommt nicht umhin, in dem Zerfließen des Rechtsbuches ins Theologische eine charakteristische Verfehlung der Gattung zu erkennen. Der Text scheint mehr auf die Überzeugung von der Begründetheit der Regelungen abzielen als bloß auf deren Einhaltung. Mögen der oder die Verfasser aus dem Augsburger Franziskanerkloster in der prozessualen Mehrung von Kirchen- und Klostergut erfahren gewesen sein, ihre Vorstellung von dem Rechtshandeln und der Rechtswahrung auf dem flachen Land scheint weniger realistisch.

Nur so ist es erklärlich, dass in dem längsten Artikel des Buchs seitenlang mosaisches Recht abgeschrieben ist<sup>5</sup>. Natürlich wussten der oder die Verfasser dieses Art. 201 des ersten Landrechtsbuches, dass es die Strafe der Steinigung für Verlöbnißbruch in Schwaben nicht gab und sie wollten diese auch nicht einführen. Der Zweck des Einschubs geht aus dem einleitenden Satz hervor: „Diese Worte sprach Gott selbst aus seinem Munde zu Moses unter seinen Augen, sie handeln vom Gericht ...“ Es soll dem Geltungsanspruch des gegenwärtigen Rechtsbuchs zustatten kommen, dass seinerzeit Gott selbst das erste Rechtsbuch diktiert hat. Recht und Gericht werden so in größte Nähe zu Gott gerückt.

II. Indessen ist kanonisches Recht auch in den Kern der Rechtsordnung des Rechtsbuches eingedrungen, was vor allem für das Familienrecht mit seinem Zentrum des Eherechts gilt. Die kirchliche Eherechtspolitik des 12. Jahrhunderts war auf die religiöse Transzendierung der Ehe und als Folge daraus auf ihre Unauflöslichkeit gerichtet sowie auf die Einheitlichkeit des Instituts mit der weiteren Folge der Diskriminierung der Unehelichen. Während der Sachsenspiegel die Ehe nur im Zusammenhang von Statusvoraussetzungen und in vermögensrechtlicher Hinsicht anspricht, hat der Schwabenspiegel hier einen Schwerpunkt. Dieser Unterschied zwischen beiden Rechtsbüchern drängt sich bei ihren vielleicht vergleichbarsten beiden Bestimmungen auf, der Familien- und Sippenordnung, in beiden Quellen die 3. Bestimmung des ersten Landrechtsbuchs. Während der Sachsenspiegel schlicht sagt „Am Kopf ist Mann und Frau zu stehen bestimmt, die ehelich und rechtmäßig zusammengekommen sind“, nimmt der Schwabenspiegel, der im übrigen hier ganz den Sachsenspiegel abgeschrieben hat, diese erste sich bietende Gelegenheit zur Darlegung der sakramentalen Ehelehre wahr. Weitergeführt

---

<sup>5</sup> Landrecht Art. 201.

wird sie in Art. 377 II, wo die Ehe der Anlass ist, die vollständige Sakramentenlehre mit pastoraler Inbrunst zu entfalten. Ohne Gegenstück in irgend einer anderen Quelle ist Art. 191, wo ausdrücklich die sukzessive Polygamie gelten gelassen wird, was doch wohl nur vor dem Hintergrund verständlich ist, dass es ein spätrömisch-frühchristliches Ideal der einmaligen Heirat gegeben hat<sup>6</sup>. Mit anderen Vorschriften entspricht der Schwabenspiegel der zeitgenössischen Tendenz der Kirche, als Gegengewicht gegen die Diskriminierung der Unehelichen<sup>7</sup> die Chance der ehelichen Geburt zu vergrößern. Nach Art. 287 sind die Kinder aus einer später für nichtig erklärten Ehe ehelich, wenn der Vater hinsichtlich des Nichtigkeitsgrundes gutgläubig war. Nach Art. 55 ist unter der Voraussetzung erfüllten Heiratsalters das Fehlen der elterlichen Ehebewilligung kein Nichtigkeitsgrund; die klandestine Ehe wird durch *copula carnalis* unauflöslich. War die Ehe bis dahin ein Privileg der Besitzenden – nur eine dotierte Ehe war eine rechte Ehe<sup>8</sup> – so spricht die Kirche auch Unfreien und Habenichtsen die Eheschließungsfreiheit zu (Art. 79 (II C a.E)). Die Unehelichen werden durch die Möglichkeit, dadurch ihren Status der Unehelichkeit zu bessern, zur Eheschließung überredet (Art. 44).

Im älteren deutschen Recht hatte die Rechtsstellung unehelicher Kinder nach der elterlichen Konstellation differiert<sup>9</sup>. Derartiges findet sich zwar schon im Sachsenspiegel nicht mehr, doch kennt dieses Rechtsbuch in Landrecht I Art. 38.1 nur einen überfamilienrechtlichen, nämlich Lohnkämpfer, Spielleute und unehelich Geborene zusammenfassenden Statusbegriff der Unehelichkeit. Erst im Kirchenrecht erzeugte die Alleinstellung der einheitlichen christlichen Ehe den ebenfalls einheitlichen, diskriminierenden Status der Unehelichkeit. Aber gleichzeitig suchte die Kirche die Fälle unehelicher Geburt einzuschränken. Die wirksamste Maßnahme dazu war ein Dekretale aus dem Jahr 1179, mit dem Papst Alexander III. aus dem spätrömischen Recht das Institut der *legitimatio per subsequens matrimonium* übernahm<sup>10</sup>. Im römischen Recht war die Legitimation auf Kinder einer Konkubine beschränkt gewesen. Dem konnte das kanonische Recht keinesfalls folgen, ohne aber auf jede Differenzierung zu verzichten. Als nicht legitimierbar ausgenommen wurden Kinder *ex damnato coitu*.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> STEFAN CHR. SAAR: *Ehe-Scheidung-Wiederheirat. Zur Geschichte des Ehe- und des Ehescheidungsrechts im frühen Mittelalter*, Münster 2002, S. 24, 46; derselbe ferner im Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, (HRG), hsg. von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, 1. Aufl. 1998, Band 5, Spalte 1471 ff, 1477, Art. Witwe.

<sup>7</sup> HRG, 1. Aufl., Band 5, Spalte 451 ff, 454, Art. Uneheliche (Hans Jürgen Becker).

<sup>8</sup> PAUL MIKAT: *Dotierte Ehe – rechte Ehe. Zur Entwicklung des Eheschließungsrechts in fränkischer Zeit*. Opladen 1978, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Geisteswissenschaftliche Vorträge G 227.

<sup>9</sup> RUDOLF HÜBNER: *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 5. Aufl. 1930, S. 711 ff.

<sup>10</sup> Gregor IX, 4, 17, 6.

<sup>11</sup> Eingehender hierzu, aus Anlass eines spektakulären Falles, HEINZ HOLZHÄUER: *Nachlasssache Richard Wagner*, in: *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert*, 2008, S. 335 ff.

Nach Joseph Freisen ist über keine andere Stelle so viel philosophiert worden, das heißt, über den Kreis der wegen *damnatus coitus* ihrer Eltern von der Legitimation ausgeschlossenen Kinder<sup>12</sup>; es waren dies *adulterini* und *incestuosi*. Indessen durfte es bei *incestuosi* zu keiner Ehe zwischen den Eltern kommen, so dass im Wesentlichen nur *adulterini* von einer Legitimation ausgeschlossen waren. Das größte Kontingent an Legitimierten werden „Brautkinder“ gewesen sein. Darunter sind in diesem Zusammenhang alle Kinder zu verstehen, deren Eltern nach ihrer Geburt geheiratet haben, ohne dass es, wie später, auf ein Verlöbnis zur Zeit der Zeugung ankäme; unter ihnen wiederum waren die zahlreichste Gruppe Kinder, die zwar in der Ehe ihrer Eltern geboren, aber vorher gezeugt waren. In nicht wenigen Teilen Europas gab es nämlich das bauerliche Heiratsmuster, nach dem die Ehe erst nach Eintritt einer Schwangerschaft geschlossen wurde. Solche Kinder waren nicht legitim sondern wurden legitimiert, weil die *pater-est*-Regel (*...quem nuptiae demonstrant*) bis in die Neuste Zeit überwiegend und vor allem von der Kirche nur auf in der Ehe gezeugte Kinder bezogen wurde. Im gemeinen Recht glaubte man, das Prinzip für den Ausschluss von der Legitimation darin gefunden zu haben, dass den Eltern des nicht ehelich geborenen, aber legitimierbaren Kindes die Ehe offen gestanden haben müsste. Aber das Dekretale verrät nichts von einem derart theoretischen Prinzip, sondern die Eingangsworte „*Tanta est vis matrimonii ...*“ berufen einfach die Kraft des Sakraments; rechtspolitisch steht dahinter das Ziel, das Tor zur Ehe weit zu öffnen.

Während der Sachsenspiegel noch keine Legitimation kennt<sup>13</sup>, ist sie im Schwabenspiegel ausführlich rezipiert<sup>14</sup>: „Wie uneheliche Kinder ehelich werden“ steht in Art. 377 und zwar in einer Weise, die an ein längeres nichteheliches Zusammenleben der Eltern vor ihrer Eheschließung denken lässt: „Hat ein Mann eine Frau bei sich, ohne dass sie verheiratet sind, und hat mit ihr viele oder wenige Kinder und er nimmt sie dann zur rechten Ehe...“ der Verfasser weiß, dass es sich um eine Rechtsneuerung handelt, denn er fügt hinzu: „Will man ihnen das vor dem weltlichen Gericht nicht glauben, so sollen sie ihr eheliches Recht vor dem geistlichen Gericht bestätigt bekommen, und sie sollen Brief und Siegel darüber erhalten“. Die Ausnahme des *damnatus coitus* steht in Art. 47 „Von unehelichen Kindern“: „Ein Mann kann durch Ehebruch kein eheliches Kind gewinnen ...“ Diese Ausnahme entspricht genau dem kanonischen Recht. Nicht weit davon entfernt, findet sich in Art. 41 eine benachbarte, soweit ich sehe, von der Literatur bisher nicht beachtete Bestimmung. Ihre systematische Einordnung an einer anderen Stelle ist offensichtlich durch den Sachsenspiegel ausgelöst, der nur in diesem anderen

<sup>12</sup> Geschichte des kanonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenliteratur, Paderborn 1893, S. 860.

<sup>13</sup> Vgl. Landrecht I. 36.1

<sup>14</sup> Art. 377. Alle hier zitierten Artikel stehen im Buch Landrecht, über dessen Untergliederung in drei Teile die Artikelzählung hinweggeht.

Zusammenhang die Unehelichkeit anspricht. In Art. 41 des Schwabenspiegels mit der Überschrift „Von rechtlosen Leuten“ heißt es: „Diejenigen, die unehelich geboren sind, gewinnen ihr Recht wieder, wenn sie sich ehelich verheiraten“. Die Bestimmung hat eine innere Logik und passt zu der rechtspolitischen Tendenz des kanonischen Rechts, den durch die Alleinstellung der sakramentalen Ehe daneben aufgerissenen Graben zwar nicht wieder einzuebnen, aber abzuflachen. Die Bestimmung steht auch nicht gänzlich vereinzelt, sondern ist sachlich verklammert mit Art. 77: „Wer vor Gericht einen Vormund haben muss“ in der es heißt: „Allen denen, die unehelich geboren sind ... soll man keinen Vormund geben, mit Ausnahme derer, die unehelich geboren sind und sich verehelicht haben. Denen kann man einen Vormund geben. Dennoch mangelt es ihnen an vielerlei Recht, dass diejenigen haben, die ehelich geboren sind“.

III. Wie beim Sachsenspiegel und den Rechtsbüchern überhaupt steht das Strafrecht weder in ihnen noch in der Literatur über sie im Vordergrund. Wenn Ordnung und Kontrolle die Funktion von Recht sind – und sie sind es – dann ist die Ordnung das, was am besten in Bücher passt, zumal dazu auch die Ordnung der Kontrolle gehört, und geordnet war das überkommene, volkrechtliche, horizontale Parteienverfahren. Viel weniger geordnet<sup>15</sup> war das seit dem 13. Jahrhundert aufkommende Verfahren, in dem die Obrigkeit, ausgehend von den Städten, die strafrechtliche Reaktion zunehmend in ihre Hand nahm<sup>16</sup>, womit sich neue prozessuale Strukturen durchsetzten. Das Strafrecht des Schwabenspiegels trägt deutliche Züge des Übergangs. Seine Nähe zum Augsburger Stadtrecht wird durch die erhebliche Übereinstimmung mit strafrechtlichen Bestimmungen des kurz zuvor, nämlich im Jahr 1376 entstandenen zweiten Augsburger Stadtbuchs belegt<sup>17</sup>.

Es bedarf allgemeiner Gesichtspunkte, um „das Strafrecht“ einer Übergangszeit wie der des 13. Jahrhunderts zu beurteilen. Würde man etwa aus der religiösen, ja theologischen Grundlegung und Überwölbung des gesamten Rechtsbuches einen theokratischen Charakter des Strafrechts ableiten, würde das nicht nur für Teile nicht gelten, in denen der Verletzte der maßgebende Träger des Geschehens ist, der sich bei der Reaktion auf einen Angriff, selbst wenn er persönlich fromm ist, nicht gerade als Organ des strafenden Gottes sieht. Auch die städtischen Obrigkeiten, die seit dem 13. Jahrhundert die Träger der strafrechtlichen Entwicklung werden, waren mehr vom Ziel der öffentlichen

---

<sup>15</sup> Charakteristisch blieb der Akkusationsprozess in der gemeinrechtlichen Literatur, so sehr er vom Inquisitionsprozess verdrängt worden sein mag, *processus ordinarius* (RÜPING/JEROUSCHEK: *Grundriss der deutschen Strafrechtsgeschichte*, 4. Aufl. 2002), Rn. 127.

<sup>16</sup> BARBARA FRENZ: *Frieden, Rechtsbruch und Sanktion in deutschen Städten vor 1300*. 2003, S. 266.

<sup>17</sup> WIEDERUM ECKHARDT, wie oben Fußn. 4.

Sicherheit und Ordnung geleitet als dass sie ihre strafrechtspolitischen Maßnahmen, so wie am Beginn der Neuzeit die Landesherren in völliger Übereinstimmung mit der juristischen Lehre<sup>18</sup>, theokratisch begründet hätten.

Die allgemein unter den Gesichtspunkt des Strafrechts gestellten Erscheinungen haben zwei verschiedene Ansätze: den der Verteidigung oder den der Vergeltung. Die unterschiedlichen Ansätze bedeuten nicht, dass auch das Strafrecht entsprechend eingeteilt werden könnte, denn von den auseinander liegenden Ansätzen aus bewegen sich die Reaktionen aufeinander zu. Im Schwabenspiegel erlaubt die Notwehr noch wie zur Zeit der Volksrechte die Verfolgung des flüchtenden Angreifers. Wird dieser zur Strecke gebracht, liegt darin ein Stück Vergeltung, die in dem Maß zurückgenommen wird, wie die Notwehr auf das zur Abwehr erforderliche Maß zurückgeschnitten wird. Der Gegenwart blieb es vorbehalten, dem Angegriffenen noch eine Güterabwägung anzusinnen<sup>19</sup>.

Es ist eine immer wieder verstörende Wahrnehmung, dass nach den meisten Quellen des alten Rechts die Notwehrtat zwar mehr oder weniger privilegiert, aber nicht gerechtfertigt ist, obwohl gerade die früheste Quelle des deutschen Rechtskreises dazu, die Lex Baiuvariorum, eben das ausspricht<sup>20</sup>, was schon im römischen Recht gegolten hat und seit dem Ende des Mittelalters wieder gilt: die Straflosigkeit der Notwehrtat. Dass dies im 8. Jahrhundert nicht als Grundsatz niedergelegt, sondern für einen bestimmten Fall ausgesprochen wird, nämlich den nächtlichen Diebstahl, ist nicht auffallend. Würde diese Quellenstelle auf antike Tradition zurückgehen – eine Brücke könnte vielleicht formula turonensis 30 sein<sup>21</sup> – wäre das Bild eines durchgehend notwehrfeindlichen Zuges des germanischen Rechts gewahrt. Immerhin bleibt dieser Zug durch die meisten frühmittelalterlichen Quellen gesichert und hat wiederholt allgemeine Deutungen veranlasst<sup>22</sup>.

Für das Hochmittelalter wird für diese eigenartige Notwehrregelung allgemein der Sachsenspiegel angeführt und ihm der Schwabenspiegel als hierin moderner gegenübergestellt. Dabei wird aber der Sachsenspiegel oberflächlich gelesen und beim Schwabenspiegel nicht beachtet, dass darin die Notwehr an zwei verschiedenen Stellen vorkommt. Die Hauptstelle findet sich im ersten Landrechtsbuch in Art. 79 unter der Überschrift „Von der rechten Notwehr“ (Lassberg: von der rehten notwer). Sodann trägt im zweiten Landrechtsbuch

<sup>18</sup> EBERHARD SCHMIDT: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl. 1965, § 149.

<sup>19</sup> In Deutschland eine – nicht mehrheitliche – Forderung, vgl. THOMAS FISCHER: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*. 55. Aufl. 2008, § 32 Rn. 40.

<sup>20</sup> Kap. 9 § 5.

<sup>21</sup> ZEUMER: *MGH, Formulae* S. 152.

<sup>22</sup> Z.B. RUDOLF HIS: *Das Strafrecht des Mittelalters*. Bd. 1, 1920, ND 1964, S. 202 f.; HRG 1. Aufl., Band 3, 1984, Art. Notwehr, Sp. 1096 (E. Kaufmann).

Art. 233 die Überschrift: Notwehr beim Straßenraub (Lassberg: notwer deß straß roubes).

Die Hauptstelle entspricht im wesentlichen der entsprechenden Bestimmung des Sachsenspiegels Landrecht II. 14. Nach beiden Quellen muss der Angegriffene die Tötung des Angreifers verklaren. Nach Sachsenspiegel muss er dazu den Getöteten vor Gericht stellen. Nach Schwabenspiegel soll der Täter zum Gericht gehen und dem Richter sein Schwert „auf Recht“ übergeben und nur wenn ein Verwandter des Getöteten den Töter verklagt, soll der Getötete herbeigetragen werden. Jetzt darf der Töter die Notwehrlage beschwören, was im Sachsenspiegel deutlicher als in Schwabenspiegel als Überführungseid erscheint. Denn nur im Sachsenspiegel muss der Töter in jedem Fall gegen den toten Mann klagen – nach Schwabenspiegel ist es die Klage eines Verwandten mit den toten Mann, nicht die Klage gegen den toten Mann, auf die hin der Töter nicht eigentlich einen Reinigungseid, sondern einen Tatsacheneid schwört. Nach beiden Rechten kann der Verwandte dem Täter den Eid verlegen und ihn zum Zweikampf herausfordern.

Auf der Rechtsfolgende verschont der Sachsenspiegel den Töter, der sich dem Gericht stellt und seine Tat bekennt, in jedem Fall mit peinlicher Strafe, die ihn nach Landrecht II Art. 13. 4 und 5 treffen könnte. Stellt er nicht gleichzeitig den Getöteten vor Gericht, muss er sich zusätzlich zur Leistung des Strafgelds an den Richter und des Manngeldes an die Verwandten des Getöteten bereit erklären, um peinlicher Strafe zu entgehen. Hat der Töter den Getöteten vor Gericht gestellt und ihn – wie anders, muss man ergänzen, als durch Überführungseid – überwunden, scheint nicht einmal Strafgeld fällig geworden zu sein. Das Manngeld, zu dessen Leistung er sich gegebenenfalls zusätzlich bereit erklärt hatte, wurde immer nur fällig, wenn die Verwandten es ihm „abgewannen“. Das konnte nur dadurch geschehen, dass die Verwandten den Töter zum Zweikampf herausforderten. Der Kampf entschied dann nicht etwa über den Hals des Töters, sondern darüber, ob er Manngeld zu zahlen hatte. Nur wenn der Töter „aus Angst um sein Leben“, wie die Quelle sagt, den Getöteten nicht vor Gericht gestellt hat<sup>23</sup>, trafen ihn die Zahlungspflichten gegenüber Richter und Verwandten. Hatte er umgekehrt seine Tötung vollständig verklärt, wozu die Stellung des Getöteten vor Gericht gehörte und hatte er den toten Mann überwunden, so ist er, wenn Verwandte des Getöteten nicht gegen ihn auftraten oder er sie im Kampf überwand, aller Pflichten ledig.

Es ist daher nicht richtig, wenn der Sachsenspiegel teilweise so verstanden wird, als müsse der Notwehrtöter in jedem Fall Strafgeld und Manngeld zahlen. Führt er die Klage gegen den toten Mann vollständig und erfolgreich durch, ist er genau so wie nach Schwabenspiegel „ein lediger Mann“. Vom Sachsenspiegel unterscheidet sich Art. 79 des ersten Landrechtsbuchs des

---

<sup>23</sup> Zu denken ist daran, dass der Getötete Helfer hatte oder nicht sogleich tot war sondern noch gefährlich schien.

Schwabenspiegels nur darin, dass dieses Rechtsbuch hier von der Klage mit dem toten Mann, die ihm sonst durchaus bekannt ist, abrückt. Aus der Nichterwähnung von Wette und Buße in Art. 79 kann dagegen nicht auf deren Wegfall geschlossen werden. Das ergibt sich im Gegenschuß aus Art. 233, der den Notwehrtöter in dem speziellen Fall des Straßenraubs günstiger stellt, nämlich gegenüber Verwandten und Richter freistellt.

„Notwehr beim Straßenraub“ ist Schwabenspiegel Art. 233 überschrieben. Während andere Quellen den Straßenraub oft nur als häufigste Erscheinung des Raubes nennen<sup>24</sup>, spielt er im Schwabenspiegel als Raub an waffenlosen Personen, nämlich Pfaffen, Pilgern und Kaufleuten (Art. 42) eine besondere Rolle. Während einfacher Raub wie Diebstahl mit dem Zwiefachen zu vergelten ist (*poena dupli*), wird der Straßenräuber gehängt. Pfaffen, Pilger und Kaufleute sind nicht nur waffenlos, sondern auch besonders häufig auf der Straße unterwegs, also besonders gefährdet und werden daher besonders geschützt, nicht nur materiell durch schwerere Bestrafung des Straßenraubs; auch prozessual ist die Stellung dessen, der in Notwehr einen Straßenräuber tötet, erleichtert. „Will mich ein Mann auf der Straße berauben, und ich wehre mich und schlage ihn zu Tode, büße ich weder seinen Verwandten noch dem Richter etwas“. Wenn mit diesem Zitat die Stellung des Schwabenspiegels zur Notwehr charakterisiert werden soll, wird übersehen, dass die Befreiung von der Wette nur für den Sonderfall des Art. 233 gilt und die Freiheit von Buße immer gilt, wenn der Notwehrtöter sich durchsetzt. Weiter wird übersehen, dass für das Manngeld des Sachsenspiegels das gleiche gilt.

Art. 233 des Schwabenspiegels lässt auch die Verklarung unerwähnt, doch musste sich der Töter schon zur Abwendung des Mordverdachts dem Gericht offenbaren. Nur entfiel bei Waffenlosen die Übergabe des Schwerts an den Richter. Zentraler Unterschied zu Art. 79 war die Absage an Eid und Zweikampf, beides zu Gunsten des Zeugenbeweises. Für Pfaffen wegen deren *privilegium fori* ohne Bedeutung, entsprach die Bevorzugung von Zeugen der Tendenz des Kirchenrechts, das sich immer wieder gegenüber dem Eid auf die Gefahr des Missbrauchs des Namens Gottes besann und dem Zweikampf prinzipiell abgeneigt war<sup>25</sup>. Dass es mangels Zeugen doch beim Zweikampf bleiben soll, begründet Artikel 233 daher ausdrücklich mit dessen Charakter als Gottesurteil.

Auf der Rechtsfolgende Seite erwähnt der Schwabenspiegel in keiner Variante Strafgeld an den Richter oder Manngeld an die Verwandten des Getöteten, obwohl ihm Wette und Buße vertraut sind<sup>26</sup>. Daraus kann jedoch kaum

<sup>24</sup> His, wie Fußn. 22, S. 210.

<sup>25</sup> HEINZ HOLZHAUER: *Art. Ordale* in: Reallexikon der germanischen Altertumskunde Bd. 22 (2002), S. 147, 153 f.

<sup>26</sup> In Art. 310 („Wie man im Alten Testament jeglichen Frevel büßte“) enthält die systematische Form eine entsprechende Ergänzung zur Gegenwart (als Fußn. 204 abgedruckt in der Ausg. von Derschka, vgl. Fußn. 3)



geschlossen werden, dass diese Folgen dem erfolglosen Notwehrtöter erspart geblieben wären.

Den Vergleich der Notwehrbestimmungen des Sachsenspiegels mit denen des Schwabenspiegels zusammenfassend, erscheint die weitgehende Abwendung des jüngeren Rechtsbuchs von der Klage mit dem toten Mann im selben Maß als Modernisierung wie die Einfügung der treuhänderischen Übergabe des Schwertes an den Richter in das Ritual der Verklarung diesem ein verständliches christliches Element eingefügt. Außerhalb des gerichtlichen Verfahrens zeichnet sich die Notwehrregelung des Schwabenspiegels durch ein weiteres Element aus, das christlich-kirchlichen Geist verrät. Es betrifft den Abwehrcharakter der Tathandlung: der Angegriffene muss schwören, drei Schritte zurückgewichen zu sein, ohne dass er entweichen konnte. Das Recht braucht zwar dem Unrecht nicht zu weichen, aber es muss ihm auszuweichen suchen. Der Gegensatz zu älteren Rechtsvorstellungen ist mit Händen zu greifen: mit der Fluchtbewegung erscheint der Anständige zwar nicht der Dumme, aber als feige; für einen Germanen wäre das unvorstellbar gewesen. Im Hintergrund dürfte das Herrnwort stehen von der anderen Backe, die dem Angreifer hinzuhalten sei, statt zurückzuschlagen.

Diese Betrachtung der Notwehr war oben unter den allgemeineren Gesichtspunkt gestellt, dass Verteidigung und Abwehr der eine Ansatz allen Strafrechts ist<sup>27</sup>. Neben der Notwehr steht die handhafte Tat, die handgetat, wie sie im Schwabenspiegel heißt und in Art. 316 gleichsam legaliter definiert ist. Die Unterscheidung in den Quellen ist mehr anschaulich als begrifflich. Einmal wird bei Notwehr immer eine Tötung vorausgesetzt: ein Angreifer ist in Notwehr getötet worden. Der handhafte Täter dagegen ist am Leben und wird dem Gericht zugeführt. Sodann hat sich die handhafte Tat nicht notwendig gegen die Person dessen gerichtet, der Abwehr übt, sondern meistens gegen Sachen, nur in besonderen Fällen wie der Notzucht auch gegen eine Person. Handhafter Täter ist der auf frischer Tat oder auf der Flucht ergriffene Täter.

Dass es die Handhaft ist, die prozessual (Überführungseid) und materiell (peinliche Strafe) das Vehikel der Weiterentwicklung des Strafrechts sein wird<sup>28</sup>, lässt der Schwabenspiegel nicht erkennen. Darin war der Sachsenspiegel, obwohl älter, fortschrittlicher („das Gerüfte ist der Klage Beginn“ – Landrecht I. 62. 1). Im Zug dieser Entwicklung baute sich das Strafrecht um, aber in den prozessualen Formen des Akkusationsprozesses, der in dieser zwiespältigen Form aber nur eine Übergangsepoche charakterisierte. Erst für die übernächste Epoche, die des Inquisitionsprozesses, enthält wiederum Art. 375 III des Schwabenspiegels einen der frühesten Belege: für die Folter. Bereits der Beginn des Passus: „Wird ein Mann wegen einer Untat

<sup>27</sup> HEINZ HOLZHÄUER: *Das neue Bild vom alten Strafrecht*. in: *Rechtstheorie*, Bd. 32, Heft 1, 2001, S. 53 ff.

<sup>28</sup> Wegweisend dazu HANS HIRSCH: *Die hohe Gerichtsbarkeit im deutschen Mittelalter*. 1923, Neudruck 1958.

gefangen ... „, passt nicht zum Akkusationsprozesses. Das Hinarbeiten auf das Geständnis als Prozessziel kann nicht deutlicher als in dieser Bestimmung ausgedrückt werden. Das vertikale Procedere, das Ziel der materiellen Wahrheit und das Hinarbeiten darauf war seit 1215 kirchlich anerkannt und seit 1252 war ausdrücklich die Folter in Ketzerprozessen zugelassen. Nach Trusen waren die Bischofstädte Vorreiter in der Entwicklung der Folter<sup>29</sup> und Vorreiter der Vorreiter wurde die Stadt Augsburg, wo die Folter ab 1321 bezeugt ist. Von da nahm die „Dialektik des Fortschritts“ ihren Lauf.

---

<sup>29</sup> In: LANDAU/SCHROEDER (Hrg.), *Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption*, 1984, S. 57.